

La commande publique comme levier de développement de l'économie circulaire

Grégory KALFLECHE,
Professeur de droit public, Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse 1 Capitole

La part de la commande publique dans l'économie nationale, évaluée selon les modes de calculs entre 8 % et 17 % du PIB, conduit ces contrats à faire l'objet d'appétits particuliers. Le droit des marchés publics et des concessions, historiquement fondé sur la recherche du meilleur prix, puis du meilleur rapport qualité-prix¹, a donc été appréhendé comme pouvant permettre d'atteindre d'autres objectifs. Parmi ceux-ci, les objectifs sociaux ou environnementaux ont rencontré un succès important chez les politiques et chez certains acteurs de ces secteurs. Parmi ceux-ci, l'économie circulaire a pris une avance textuelle avec la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire. Celle-ci met en place un certain nombre d'outils pour le développement de l'économie circulaire par la commande publique. L'économie circulaire est un concept qui regroupe différentes mesures² afin d'économiser les ressources de notre planète par un usage répété des mêmes matières premières qui retournent régulièrement dans l'économie. Cela commence par une écoconception qui permet d'augmenter la durée de vie des biens et diminuer l'usage des matériaux, et à se concentrer sur des ressources réutilisables ou recyclables. Durant la durée du produit, l'économie circulaire pousse à la réparation et aux pièces détachées, ainsi qu'à une réutilisation par différentes personnes du même bien. Enfin, en fin de vie, le bien doit être récupéré, recyclé et être source d'un minimum de déchets qui n'entrent pas de nouveau dans un processus de production après traitement. Le développement des enjeux environnementaux par la commande publique correspond à une logique compréhensible : puisque les enjeux environnementaux et sociaux impliquent, pour montrer leur efficacité, un changement de pratique des entreprises, pourquoi ne pas se servir de la commande publique pour les inciter à changer lesdites pratiques ? Le comportement des entreprises ne peut en effet être changé que de trois manières.

La première se fonde sur les parts de marchés qui pourraient être gagnées par les entreprises avec une attitude vertueuse pour l'environnement. Il faut alors que cette attitude vertueuse conduise, soit à une baisse de ses coûts de production, soit à une innovation lui permettant d'avoir des produits plus attractifs pour les consommateurs. Pour ce qui est des enjeux environnementaux, ils sont le plus souvent source d'augmentation des prix³. L'incitation

¹ Le passage du moins-disant au mieux-disant, peut être daté du décret du 7 mars 2001 qui supprime le code de 1964 et réécrit un code dit « de 2001 » (qui sera lui-même remplacé en 2004 et 2006 avant sa suppression en 2016 avec les ordonnances qui deviendront le code de la commande publique en 2018).

² Pour une approche juridique de l'économie circulaire, marquée par le cumul de différents objectifs et n'est pas rédigée comme une définition, cf. art. L. 110-1-1 c. env. créé par la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte et modifiée par la loi du 10 février 2020.

³ On est bien conscient qu'il s'agit ici d'une généralisation et que, dans certaines hypothèses, l'amélioration des qualités environnementale pourrait conduire à un coût inférieur ou égal. Dans ces cas, l'incitation n'est alors pas nécessaire et le marché se charge de répandre cette solution.

n'est donc pas là. En revanche, ces enjeux correspondent aussi à un souci de plus en plus prégnant des consommateurs. Le développement des produits bio, locaux ou responsables montre que les sources de croissance pour les entreprises sont possibles. Pourtant, ce comportement est assez réduit à des comportements individuels et ne correspond aujourd'hui que de manière marginale à un souci pour les acheteurs publics ou parapublics soumis au code de la commande publique⁴. Voir dans le produit environnemental une source de meilleur achat n'est en effet pas un réflexe des personnes publiques, et il faut reconnaître que les secteurs traditionnels de la commande publique (construction, mobiliers...) ne sont pas ceux qui ont le plus pris le tournant de l'économie verte et circulaire. Afin de leur faire intégrer les bénéfices environnementaux dès l'origine dans leur production en changeant leurs modes de fabrication, la commande publique est donc un levier important.

La deuxième manière de modifier le comportement des entreprises est alors la régulation économique, c'est-à-dire l'encadrement par l'État des comportements des entreprises. Cela passe par de la réglementation des pratiques, notamment par l'interdiction de certaines d'entre-elles, parce qu'elles sont contraires à l'intérêt environnemental ou social. Dans le domaine de l'économie circulaire, il s'agit d'interdire certaines pratiques (les pailles en plastique en restauration ou les emballages non biodégradables, par exemple) ou de mettre des contraintes (l'obligation d'utiliser une certaine proportion de matériel recyclé dans la production d'une catégorie de biens, la réservation de marchés à des entreprises à vocation sociales). Cette approche générale peut s'insérer dans le cadre de la commande publique, mais elle relève de la régulation extérieure au droit des contrats et dépasse ce champ.

La troisième manière est l'incitation, par l'État et les autres personnes publiques, pour que les entreprises modifient leurs pratiques. On fait parfois référence à l'idée que les personnes publiques doivent être des « modèles » ou des « exemples » qui montrent la voie aux entreprises privées. L'incitation des entreprises privées va dans le même sens, mais de manière bien plus pragmatique : il s'agit de pousser les entreprises qui répondent aux contrats des pouvoirs adjudicateurs à améliorer leurs pratiques industrielles (par exemple à se servir de matières recyclées dans telle ou telle proportion), sachant que l'évolution de ces pratiques conduira à ce que les entreprises privées qui voudraient s'engager vers des achats vertueux pourraient trouver des fournisseurs respectant leurs contraintes (dans notre exemple, des entreprises utilisant des matières recyclées). Les personnes publiques interviennent alors, non comme régulateur, mais comme acteurs engagés dans le processus industriel des entreprises.

Cette influence des personnes publiques sur l'économie par leur place sur le marché conduit à insérer, dans un droit de la commande publique essentiellement concentré sur le rapport qualité-prix une externalité sociale ou environnementale qui n'est pas sans poser de problème. Depuis une vingtaine d'années en effet, la question se pose des limites à la prise en compte de l'environnement en général dans la commande publique. Les premières solutions envisagées étaient réelles, mais timides. L'arrêt CJCE du 13 décembre 2001, *Concordia Bus Finland*⁵ avait en effet été l'occasion pour l'Union européenne de prévoir que, tant qu'il participait intrinsèquement à un meilleur achat, l'intérêt environnemental d'un produit pouvait

⁴ Il convient toutefois d'exclure les cantines qui se soucient de plus en plus des qualités environnementales de leurs produits, même s'il ne faut pas négliger, chez les élus, la volonté de soutenir le producteur local qui est aussi un électeur.

⁵ CJCE 13 déc. 2001, *Concordia Bus Finland*, Aff. C-513/99, GADE n° 13 p. 93 note. G. Kalfèche. L'avocat général J. Mischo avait dit à cette occasion « l'idée selon laquelle des critères servant l'intérêt général peuvent figurer parmi les critères d'attribution d'un marché public me paraît d'ailleurs répondre à une certaine logique, voire une logique certaine ». Sur ces points, cf. H. Delzangles, « Commande publique et environnement, jusqu'où peut-on aller ? », RJE 1/2015 p. 13

être utilisé. Cela n'engendrait pas de changement de paradigme puisqu'il s'agissait essentiellement de considérer ces exigences comme permettant, par exemple, des baisses de coût d'usage (un bâtiment bioclimatique est plus cher à l'achat, mais moins à l'usage, comme une ampoule LED par rapport à une ampoule à incandescence ou un néon). La jurisprudence s'est ensuite assouplie⁶, jusqu'à l'acceptation de ces externalités environnementales qui date en réalité des directives de 2014. On peut résumer cette évolution en disant que le rapport qualité-prix correspond depuis à la qualité intrinsèque du produit, mais aussi à ses qualités extrinsèques (environnement, social...). On notera que l'efficacité de ce système, tout satisfaisant qu'il puisse apparaître pour l'opinion publique, est remise en cause par nos plus savants économistes⁷. Les analyses d'économie du droit d'autres auteurs, plus spécialistes de la commande publique vont globalement dans le même sens, bien qu'elles soient plus nuancées⁸. Aujourd'hui, le code de la commande publique comporte un article L. 2111-1 qui impose aux acheteurs de définir la nature et l'étendue des besoins à satisfaire «en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale»⁹. Par ailleurs, l'article L. 228-4 du code de l'environnement¹⁰ impose de manière générale des performances environnementales à la commande publique depuis 2015, la loi du 10 février 2020 modifiant ces obligations.

Les dernières évolutions, et notamment la loi sur l'économie circulaire¹¹ et ses décrets d'application ont mis un angle particulier, au sein de ces enjeux environnementaux, sur le recyclage, la lutte contre le gaspillage et le caractère circulaire des achats. Ces considérations s'insèrent, bien sûr, dans un ensemble de normes pour les achats responsables, mais ils font partie de la première génération de ce que l'on peut appeler les «considérations environnementales spéciales» de l'achat public. On peut sans aucun doute y voir la mise en œuvre de «l'objectif global de protection de l'environnement» reconnu comme objectif à valeur constitutionnel par le Conseil de la rue Montpensier dans sa décision du 31 janvier 2020¹².

⁶ Par exemple, pour l'acceptation du critère fondé sur le commerce équitable CJUE 10 mai 2012, Commission c. Pays-Bas, aff. C-368/10 pt 89 et s. ; pour une part d'énergie verte CJCE 4 dec. 2003, EVN AG et Weinstrom GmbH c. Republik Österreich, aff. C-448/01, p. 56 et s. ; puis en France CE 23 nov. 2011, *Cité Urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n° 351570, GADE n° 13 p. 93 note G. Kalfèche

⁷ S. Saussier et J. Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Notes du conseil d'analyse économique, 2015/3 n° 22 p 1-12.

⁸ F. Marty, « Analyse économique des clauses environnementales dans la commande publique. Le pire instrument à l'exception de tous les autres ? », *Droit de l'environnement*, n°252, janvier 2017

⁹ Depuis la reconnaissance d'un Objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, patrimoine commun des humains par le Conseil constitutionnel dans une décision 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 *Union des industries de la protection des plantes*, ces dispositions doivent s'entendre comme la mise en œuvre de cet objectif.

¹⁰ L. 228-4 C. env. « La commande publique tient compte notamment de la performance environnementale des produits, en particulier de leur caractère biosourcé. Dans le domaine de la construction ou de la rénovation de bâtiments, elle prend en compte les exigences de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre et de stockage du carbone et veille au recours à des matériaux de réemploi ou issus des ressources renouvelables. »

¹¹ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, notamment les articles 55 à 58 ; décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées.

¹² Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 *Union des industries de la protection des plantes* ; *Gaz. Pal.* 3 mars 2020, p. 25, note M. Kamal-Girard ; *JCP G*, 9 mars 2020, note Y. Aguila et L. Rollini ; *RFDA* 2020 p. 501, chr. A. Roblot-Troizier ; *JCP A* 2020, n° 21 p. 44 note Ph. Billet ; *Dalloz* 2020, n° 20 p. 1159, note B. Parance et S. Mabile ; *Dr. Adm.* 2021, n° 2. 22, chr. S. Hourson et A. Meynaud-Zeroual

La loi AGEC est un premier levier pour développer l'économie circulaire à travers la commande publique. Cela passe d'abord par une obligation générale de prise en compte de ces enjeux, qui se traduit dans les procédés d'achats classiques (I), mais aussi par une obligation d'une liste d'achats obligatoires qui, bien que très efficace, mériterait d'être soutenue par d'autres mesures pour que l'achat circulaire se développe pleinement (II).

I) La mise en place d'une obligation générale d'achat de biens circulaires dans la commande publique

Les achats circulaires sont une politique qui n'en est qu'à ses débuts. La loi du 10 février 2020 a un mérite majeur qui est celui de mettre en place — même si c'est de manière réduite organiquement — une obligation générale d'achat de « biens circulaires ». Cette loi pose cependant des questions relatives à son champ d'application par rapport à celui de la commande publique en général (A). En tout état de cause, cette obligation générale ne passe pas par une nouvelle procédure, mais par la prise en considération de l'économie circulaire dans les procédures habituelles (B).

A) La loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, une adéquation à parfaire avec la commande publique

L'article 55 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (parfois appelée loi AGEC) est un changement fort de l'appréhension des considérations sociales et environnementales dans la commande publique. En effet, dépassant la liberté des pouvoirs adjudicateurs de fixer — ou non — une politique environnementale, elle impose ce qui n'est pas exagéré d'appeler une obligation générale et chiffrée d'achat de biens circulaires dans la commande publique. Cet article 55 vient, à notre sens mettre en œuvre concrètement l'obligation générale et faiblement contraignante de « prendre en compte les objectifs de développement durable » de l'article L. 2111-1 CCP précité.

L'article 55 a la particularité de ne pas créer un nouvel article dans le Code de la commande publique, il doit donc y être fait référence directement. Son premier alinéa dispose : *« À compter du 1er janvier 2021, les services de l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements, lors de leurs achats publics et dès que cela est possible, doivent réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et privilégient les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées en prévoyant des clauses et des critères utiles dans les cahiers des charges. »* La portée de cet article ne peut cependant aujourd'hui être comprise qu'à la lecture du décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées qui le met en œuvre.

Le premier point d'analyse de ces dispositions a trait à son champ d'application organique. L'article ne vise en effet qu'une partie des personnes soumises au code de la commande publique. En effet, outre l'État et les collectivités territoriales, ne sont visés que les groupements de ceux-ci. Si la référence aux collectivités territoriales ne pose pas de problème et implique habituellement l'outre-mer, l'usage des « groupements » sans autre référence pose plus de questions. D'abord, il faut entendre sous ce terme les établissements publics de

coopération intercommunale, qu'ils soient à fiscalité propre ou non. Ainsi, les syndicats de communes nous semblent-ils visés par cette disposition. Ensuite, cette référence recouvre aussi ce que l'article L. 1211-1, 3° CCP, appelle « Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ». On peut y voir les associations de droit privé, mais aussi par exemples des SPL, SPLA ou SPLAIN.

Les personnes visées par la loi ne correspondent cependant pas exactement au champ d'application organique du code la commande publique. Ainsi, ce texte ne s'applique pas à un certain nombre de personnes passant pourtant des contrats en application du code. On pense d'abord aux établissements publics en général, puisque seuls ceux correspondant à des groupements vont être soumis à ces obligations. Il en est de même des GIP (on peut à cet égard se demander s'il ne faudra pas faire ici aussi une distinction entre ceux qui permettent des activités en commun et ceux qui n'ont pas cette fonction). Pour ce qui concerne les personnes privées, toutes celles qui ne sont pas des groupements, mais qui gèrent des activités d'intérêt général « autres qu'industrielles et commerciales », notamment en matière sociale, sont exclues. Ainsi en est-il des caisses de sécurité sociale, par exemple. Il en est de même des entités adjudicatrices dans les secteurs en réseau, comme les entreprises publiques ou les entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

Les raisons de ce champ d'application sont bien obscures et peu justifiées. Pourquoi en effet ne pas choisir de soumettre aux obligations de l'article 55 toutes les personnes soumises au CCP, ou même par renvoi les seules personnes publiques dans le champ du CCP ?

B) L'usage des procédures classiques pour mettre en œuvre la nouvelle obligation générale

Le second point d'analyse concerne l'obligation générale qui est faite de « *réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et **privilégient les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées*** ». Cette obligation est partiellement reprise par ailleurs de manière plus détaillée dans l'article 58 de la loi pour ce qui concerne le caractère circulaire des achats. Pour les mêmes personnes, cet article dispose que « les biens acquis annuellement [...] **sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées** dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit » et (art 58-III) qu'un décret précise « la liste des produits concernés et, pour chaque produit, les taux pouvant être issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage correspondant à ces produits », ce que fait le décret du 9 mars 2021. On pourrait s'étonner et critiquer, sur le plan légistique, que ce texte dise — presque — deux fois la même chose. Reste que ce n'est pas tout à fait le cas, l'article 55 étant une disposition générale, l'article 58 étant un article « spécial », plus précis dans ses objectifs.

Pour rester sur l'article 55, la première chose à noter et l'imprécision de l'obligation générale par une absence de définition des biens compris dans le champ du texte. Si l'on peut comprendre les termes de « réemploi » et des « biens qui intègrent des matières recyclées¹³ », on remarquera que l'article ne vise pas la « réutilisation » qui est visée à l'article 58. Ces termes ne

¹³ Art. L. 541-1-1 c. env. définit le recyclage comme « toute opération de valorisation par laquelle les déchets, y compris les déchets organiques, sont retraités en substances, matières ou produits aux fins de leur fonction initiale ou à d'autres fins »

sont pas définis par la loi, mais elles semblent renvoyer à l'article L. 541-1-1 c. env. qui en donne des définitions¹⁴. Le réemploi est donc « toute opération par laquelle des substances, matières ou produits qui ne sont pas des déchets sont utilisés de nouveau pour un usage identique à celui pour lequel ils avaient été conçus » ; la réutilisation étant « toute opération par laquelle des substances, matières ou produits qui sont devenus des déchets sont utilisés de nouveau ». Dès lors, on peut s'interroger sur les raisons qui ont exclu la réutilisation de l'article 55, alors que de nombreux biens pourraient être réutilisés aussi bien que réemployés, ne serait-ce que les cartouches d'encre, téléphones ou ordinateurs reconditionnés (pour des écoles par exemple) ou tout autre bien dont on dirait en langage courant qu'il est « réparé »¹⁵ ou acheté d'occasion.

Quelle est ensuite la portée de cette obligation générale ? Il s'agit de trois obligations : premièrement, réduire la consommation de plastiques à usage unique, deuxièmement réduire la production de déchets, et troisièmement intégrer du réemploi ou des matières recyclées. On remarquera que ces objectifs sont liés entre eux, la réduction de plastique réduisant en même temps, par exemple, les déchets. Par ailleurs, il ne s'agit pas là d'une obligation chiffrée, mais bien d'une obligation générale. La mise en œuvre de celle-ci et sa portée méritent donc que l'on s'y attarde.

Pour ce qui concerne la méthode, en précisant que ces objectifs doivent être atteints « dès que cela est possible », le texte ne renvoie à aucune procédure spécifique. Il faut donc comprendre que c'est par l'usage classique des procédures que cet objectif passe. Au fond, il s'agit d'intégrer ces enjeux dans le meilleur rapport qualité-prix (pour reprendre les mots utilisés dans la directive Marché de 2014). Cette question pourrait mériter de nombreux développements tant c'est à chaque stade de la procédure que l'attention peut être portée sur ces trois objectifs¹⁶. Ainsi, on peut les retrouver au niveau des spécifications techniques (les normes à respecter, labels à utiliser), dans les critères de sélection des candidats (ceux qui ont déjà une politique de réduction des déchets, de réemploi ou de matières recyclées), dans la sélection des offres (il s'agit alors de mettre un critère noté permettant de favoriser les offres utilisant plus de matières recyclées ou de réemploi), ou enfin dans les conditions d'exécution (éléments obligatoires dans l'exécution du contrat que l'on peut rattacher aux spécifications techniques, mais qui ont trait à l'ensemble de l'exécution du contrat). D'autres techniques comme la possibilité de variantes environnementales ou de marchés de performances peuvent aussi être envisagées.

On le voit, l'obligation générale ne correspond pas à une procédure spécifique aux achats circulaires, ni même à une quantification de ces achats. Il s'agit en réalité d'inciter, de pousser à la prise en compte de la circularité des biens dans les achats. Pour cela, le principal effet est d'obliger la prise en compte de cette « externalité » qu'est le bien circulaire, et cela en sous-entendant que vouloir un tel bien est « en lien avec l'objet du marché ». On le sait en effet, la principale limite au développement de la prise en compte du social et de l'environnemental dans les marchés publics est l'idée que ces considérations doivent rester « en lien avec l'objet

¹⁴ La notice explicative du décret du 9 mars va dans ce sens en faisant référence à cet article pour les définitions.

¹⁵ L'article L. 541-1-1 c. env. prévoit qu'un bien « réutilisé » peut subir une préparation en vue de la réutilisation définie comme « toute opération de contrôle, de nettoyage ou de réparation en vue de la valorisation par laquelle des substances, matières ou produits qui sont devenus des déchets sont préparés de manière à être réutilisés sans autre opération de prétraitement »

¹⁶ On pourra se référer à un travail réalisé par la Métropole du Grand Paris, par l'institut nationale de l'économie circulaire et par l'observatoire des achats responsables intitulé « 10 étapes pour intégrer l'économie circulaire dans ses achats », paru en 2020 ; ainsi qu'à un rapport de la Commission européenne, « Des marchés publics pour une économie circulaire : Bonnes pratiques et orientations », paru en 2018

du marché». L'article 55 de la loi du 10 février 2020 surtout, l'article 58 dans une moindre mesure, viennent globalement estimer que le caractère circulaire du bien est en quelque sorte toujours en lien avec l'objet du marché « quand cela est possible » (art. 55). Cette considération doit donc, comme on vient de le voir, être prise en compte à toutes les étapes des contrats de la commande publique des personnes qu'elle vise. On peut surtout regretter que ces articles ne soient pas codifiés dans le CCP, cela leur faisant perdre, de fait, une partie de leur caractère impératif.

À cela, la loi a ajouté des précisions concernant un certain nombre de biens. Comme pour rendre plus concrète et surtout plus contraignante l'obligation générale, la loi a en effet estimé qu'il était nécessaire que certains domaines servent de « modèles » à une politique plus générale d'achat circulaire.

II) La création d'une liste d'achats circulaires obligatoire pour les personnes publiques

La loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire est aujourd'hui le texte le plus avancé relatif aux externalités dans la commande publique. Il l'est en effet de par son approche à deux niveaux qui le rend spécialement efficace : d'un côté, comme nous l'avons vu, il met en place une obligation générale de prise en compte de la circularité des produits dans l'achat ; et d'un autre il contient différents articles relatifs à des biens spécifiques. Ce texte est très pragmatique : à l'analyse des expériences passées, il impose des obligations techniques et renvoie au pouvoir réglementaire pour fixer des minimums d'usages circulaires pour un certain nombre de biens (A). Cette méthode en deux temps est cependant une première étape d'une politique qui se développera d'une manière plus globale au profit de marchés sociaux ou environnementaux (B).

A) La liste des achats devant avoir un minimum de biens circulaires

La loi relative à la lutte contre le gaspillage entend guider les personnes publiques dans leur nouvelle obligation générale d'utilisation circulaire des ressources. Pour cela, elle fonctionne en deux temps, d'abord spécifiant les biens qui peuvent aisément faire l'objet de spécifications techniques, directement, dans le texte législatif (1), puis en renvoyant à un décret¹⁷ pour fixer des obligations plus précises imposant des pourcentages précis de matières recyclées ou réemployées dans certains marchés (2).

1) Les articles législatifs et les spécifications techniques

La loi du 10 février 2020 contient en elle-même trois dispositions relatives à des matériaux précis qui visent à développer leur usage circulaire par la commande publique. La première concerne les marchés de services et rappelle à elle seule que l'économie circulaire ne se limite pas à l'usage de ressources recyclées. L'article 55 al. 2 de la loi vise en effet les marchés

¹⁷ Décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées.

de logiciels auxquels ce texte impose qu'ils « promeuvent le recours à des logiciels dont la conception permet de limiter la consommation énergétique associée à leur utilisation. » Il s'agit donc de promouvoir les économies d'énergies dès la conception de l'outil. C'est ce que l'on appelle l'écoconception, le design écologique ou en anglais « Green UX »¹⁸. Ainsi, on sait que le stockage de données coûte cher en énergie pour le fonctionnement des serveurs, de même que la transmission des données par internet. Un logiciel conçu pour ne stocker ou transférer que les données véritablement utiles peut alors être considéré comme mieux écoconçu. Il en est de même d'un logiciel conçu pour fonctionner avec un téléphone ou un ordinateur peu puissant, ce qui permet de continuer d'utiliser des ordinateurs plus longtemps, d'autant qu'ils sont alors souvent moins consommateurs d'énergie. Sur le plan du champ d'application organique, l'article 55 al. 2 renvoie (de manière un peu étonnante) à l'article L. 300-2 du CREPA. Sont ainsi liés par cette écoconception logicielle « l'État, les collectivités territoriales ainsi que [...] les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées » d'une mission de service public. Contrairement à l'obligation générale, il y donc une extension de ce champ qui vise aussi des personnes privées. Il faut peut-être y voir l'effet des déboires de certaines caisses de sécurité sociale avec leurs logiciels de gestion qui ont conduit à de grandes réorganisations il y a quelques années.

La deuxième disposition législative, issue de l'article 56 de la loi, a été insérée pour sa part dans le code de la commande publique à l'article L. 2172-5 CCP¹⁹. Elle concerne les constructions temporaires, l'article spécifiant que les acheteurs ne peuvent exclure par principe celles qui seraient reconditionnées, sauf à ce qu'elles ne présentent pas les niveaux de qualité et sécurité des neuves. Il faut reconnaître que c'est l'utilisation des « algecos », des tribunes ou de scènes démontables qui est temporaire, pas leurs matériaux. Le degré de sécurité des préfabriqués est par exemple bien supérieure à leur durée d'utilisation sur un chantier ou dans la cour d'un lycée (une expérience partagée assez largement). Le réemploi est donc tout à fait justifié, la référence à la sécurité permettant simplement de rassurer certains acheteurs et d'obliger les fabricants ou fournisseurs à la garantir²⁰. Sur le plan du champ d'application *rationae personae*, il faut noter un troisième champ d'application différent à la fois de celui de l'obligation générale et de celui de l'art. 55 al. 2. En effet, l'insertion de cette disposition dans la 2^e partie du code de la commande publique en fait une obligation qui s'impose à tous les marchés publics, et donc à tous les acheteurs. En revanche, on notera que cette disposition n'est pas applicable aux concessions.

On trouve la troisième hypothèse de la loi à l'article L. 2176-6 CCP. Elle concerne les achats de pneumatiques, et cela dans un objectif inscrit dans l'article lui-même : préserver les ressources naturelles. L'obligation est forte puisque l'article impose le recours à des pneumatiques rechapés dans tous les marchés publics, au détriment, donc, de pneus neufs²¹. Les exceptions existent, l'une concerne les cas dans lesquels une première procédure se serait

¹⁸ Ce que l'on peut traduire par « expérience utilisateur verte » UX étant l'acronyme de *user experience*.

¹⁹ « Art. L. 2172-5.-Lorsqu'ils achètent des constructions temporaires, les acheteurs ne peuvent exclure les constructions temporaires ayant fait l'objet d'un reconditionnement pour réemploi, sous réserve que leurs niveaux de qualité et de sécurité soient égaux à ceux des constructions neuves de même type. Ils tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de la construction sur toute sa durée de vie. »

²⁰ Le texte aurait en réalité très bien pu se passer de cette considération évidente.

²¹ Cette disposition est à mettre en parallèle avec l'article 2172-4 CCP (qui existait dans les ordonnances transposant les directives et qui a été codifié à la création du CCP en 2018) qui dispose : « Lorsqu'ils achètent un véhicule à moteur au sens du 1^o de l'article L. 110-1 du code de la route, les acheteurs tiennent compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie, dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire ». Cet article n'a pas pour objectif principal le développement de l'économie circulaire.

révélée infructueuse. La mesure étant incitative, il est en effet logique que dans les premiers temps il n'y ait pas nécessairement suffisamment d'entreprises pour répondre à ces marchés, soit qu'elles n'aient pas assez de pneumatiques rechapés, soit que celles qui en offrent n'aient pas l'habitude de répondre aux marchés publics. On voit ici le rôle des marchés publics dans le développement d'une filière. L'autre exception est relative à une crainte que les pneus rechapés posent des problèmes de fiabilité et exclut de cette obligation les véhicules d'urgence et les véhicules militaires. Une nouvelle fois, le champ d'application organique est différent, et cette fois-ci assez mal écrit. Le texte vise en effet « l'État, les collectivités territoriales et leurs opérateurs ». Le terme d'opérateur est en effet bien flou, et l'on se demande s'il ne vise que les établissements publics, ou s'il vise aussi les autres « organismes de droit public » au sens des directives européennes relatives aux marchés publics. Cette obligation est aussi limitée aux hypothèses de marchés publics, sans s'étendre aux concessions (même si l'achat de pneumatiques par concession est difficilement envisageable).

2) Le décret et ses contraintes quantitatives

L'article 58 de la loi, non codifié dans le code de la commande publique, met en place un droit plus contraignant d'usage de biens « qui sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou [qui] intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit ». Il impose en effet au pouvoir réglementaire de mettre en place une liste de ces biens ce qu'a fait le décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées. Cette part de biens issus de l'économie circulaire est calculée annuellement, ce qui permet éventuellement de concentrer ces commandes sur certains marchés si l'acheteur a des doutes sur la perte de qualité qui pourrait résulter de cette contrainte. La question du contrôle du respect de ces proportions est cependant centrale, et le décret a précisé deux points à cet égard. D'abord sur les modalités de calcul, les proportions « sont exprimées en pourcentage du montant total hors taxe de la dépense consacrée à l'achat de chaque produit ou catégorie de produits au cours de l'année civile »²². Ni la référence au fait que le montant soit hors taxe, ni celle relative à l'année civile ne choquent, mais le préciser évite les hésitations. Ensuite et surtout, le contrôle de cette règle semble assez souple, puisque le texte ne prévoit qu'une obligation de déclaration à l'Observatoire économique de la commande publique (OECF) de la part des dépenses annuelles consacrées à l'achat de produits ou catégories de produits visés en annexe du décret. Un arrêté doit en préciser la régularité et les conditions. Aucune véritable instance de contrôle annuel ni aucune sanction n'est pour l'instant prévue. Le texte²³, adepte du *chi va piano va sano*, prévoit en réalité une période de test puisqu'il charge les ministres de l'Environnement et de l'Économie d'une évaluation de ce dispositif tant sur l'environnement que sur les marchés publics à l'issue d'une pratique de deux ans (au 31 décembre 2022), une transmission de celle-ci devant être faite au Parlement, ainsi qu'une publicité au public.

Par ailleurs, l'article rassure les acheteurs en laissant des possibilités d'échapper à cette part obligatoire. La première vise les biens qui sont marqués par une « contrainte opérationnelle liée à la défense nationale », la seconde ceux qui sont soumis à une « contrainte technique

²² La référence à un pourcentage annuel permet d'envisager différentes modalités pour atteindre l'objectif. Il peut s'agir d'imposer 20 % de produits « circulaires » dans tous les marchés portant sur les biens visés, ou de prévoir des marchés moins nombreux dans lesquels un taux supérieur serait appliqué, jusqu'à imposer 100 % dans certains marchés. Les combinaisons de ces solutions sont ainsi nombreuses et adaptables.

²³ Article 4 du décret.

significative liée à la nature de la commande publique ». Le terme significatif sera à n'en pas douter l'objet de futures jurisprudences sur ce qu'il faut entendre par là. Sur le plan du champ d'application organique, la loi et le décret s'appliquent ici encore aux seules personnes publiques, « l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements ». On pourra cependant s'étonner de l'article 3 qui, pour la transmission à l'OECP vise « Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de l'État et des collectivités territoriales et leurs groupements », ce qui n'est pas du tout rigoureux sur le plan juridique, tant parce que cela laisserait entendre que l'État et les collectivités contiennent des pouvoirs adjudicateurs, alors qu'ils en sont, que par la seule référence aux groupements et non au champ d'application du code. Pour ce qui concerne les contrats visés, le décret est restrictif par rapport au texte de la loi en ne visant que les « marchés de fourniture »²⁴, ce qui exclut les hypothèses de marchés de travaux qui nécessiteraient des biens contenus dans la liste²⁵.

Dans ce cadre réglementaire, le décret contient en effet une liste de biens. Ce qui la caractérise, c'est à la fois le nombre et la diversité des matières recyclées qu'elle comprend, mais aussi un taux d'utilisation de celles-ci relativement bas. Ce choix est certainement très bon dans la perspective d'une vision à long terme. Pour ce qui concerne la diversité, dix-sept catégories regroupant 38 produits sont visés. Cela va des linges et vêtements, aux papiers ou livres, jusqu'aux matériels informatiques et leurs fournitures en passant par les véhicules à moteur ou non et les bâtiments préfabriqués. Les taux sont divisés en deux catégories : les cas de pourcentages de matière recyclée, et les cas de pourcentages de réemploi ou réutilisation. Les premiers sont tous fixés à 20 %, sauf pour les imprimés, livres et papiers pour lesquels le taux est fixé à 40 %. Il faut reconnaître que le recyclage du papier est très courant aujourd'hui. Pour le réemploi ou la réutilisation, les taux oscillent entre 0 et 20 %. On le comprend, l'idée est d'expérimenter de nombreux biens pendant deux ans et, à l'aune des résultats, pouvoir augmenter s'il le faut la liste, mais surtout les taux de réemplois. Il faut noter que ce sont des proportions minimales et que l'on sera peut-être surpris de constater, à l'issue de l'expérimentation, des taux qui pourraient s'avérer bien supérieurs.

Les mesures prises tant par la loi que par le décret et qui visent à imposer des contraintes plus ou moins fortes sur les marchés pouvant comporter des matières recyclées, du réemploi ou de la réutilisation sont nombreuses et un peu disparates. Il faut y voir une phase d'expérimentation, sachant que plus les années passeront, plus les filières seront nombreuses et la pratique répandue. La commande publique fait bien figure de pionnière pour ce qui est de cet usage à grande échelle, au-delà de quelques solutions locales vertueuses. Cependant, dans la volonté de multiplier ces solutions en maîtrisant leur champ d'application, on peut regretter la diversité — et la faible qualité légistique — des champs d'application organiques, d'autant qu'on ne comprend pas bien la cause de ces différences. Pourquoi, par exemple, ne pas avoir visé les « personnes publiques soumises au droit de la commande publique » si, comme cela semble être le cas, il s'agissait de ne pas imposer ces contraintes aux personnes privées ? L'autre grande critique qu'il est possible de faire concerne la codification partielle de ces dispositions. Le code de la commande publique a été créé pour unifier la matière et créer un corpus de règles

²⁴ Article 1^{er} du décret.

²⁵ Cette qualification n'est pas sans poser problème lorsque l'on constate que dans la liste sont présents le mobilier urbain et les bâtiments préfabriqués. En effet, le marché qui consiste à les installer pourrait être un marché de travaux en fonction de la valeur de ceux-ci, il faut donc veiller à rester dans le cadre d'un marché de fourniture.

accessible²⁶, et la présence d'une partie de ces obligations directement dans cette loi alors qu'elles ne concernent que la commande publique est difficilement justifiable.

B) Le développement des dispositions précises et l'avenir d'une politique générale d'achats circulaires ou écologiques

La politique d'achats circulaires est en avance sur d'autres politiques d'achats à vocation environnementale. Elle fait même office de cheval de Troie dans les externalités prises en compte spécifiquement par le droit de la commande publique. Il faut reconnaître qu'en portant principalement sur les spécifications techniques du bien ou du service acheté elle se rattache particulièrement facilement à l'objet du marché. Or, on le sait, c'est cette notion de « lien avec l'objet du marché » qui est la limite à la prise en compte du social et de l'environnemental dans la commande publique. Si cette méthode apparaît tout à fait pertinente et les perspectives de développement d'une économie circulaire par la commande publique tout à fait crédible, la loi AGEC et son décret d'application pourraient ne pas s'avérer suffisants ou, à tout le moins, les seules modalités d'action.

Les textes à venir et les réflexions en la matière menées par les directions de la Commission européenne démontrent que l'utilisation d'une disposition ou une mesure spécifique n'est pas le plus pertinent, et que c'est plutôt par une politique générale que se développeront les politiques de ce type. Pour ce qui concerne l'économie circulaire, plusieurs opportunités n'ont à notre sens pas été utilisées ou mises en avant, alors que, combinées à ce qui a été voté, elles pourraient être décisives.

La première est l'utilisation obligatoire — et partant plus large — du Schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables (SPASER). Ce schéma, aujourd'hui prévu à l'article L. 2111-3 CCP²⁷ ne s'impose en effet pour l'heure qu'aux acheteurs dont le montant annuel des achats est supérieur à 100 millions d'euros. Ce montant étant fixé par voie réglementaire, il est tout à fait envisageable de le baisser peu à peu afin de développer une culture de la planification d'achats sociaux et responsables sans avoir touché à l'article du code. Pour l'heure, cela concerne les régions, une soixantaine de départements, soixante-dix EPCI et une dizaine de communes²⁸, sachant que les chiffres des associations estiment à 20 % de celles-ci le nombre des collectivités ayant effectivement réalisé un tel schéma²⁹. Sans alourdir la charge de travail des collectivités plus petites de manière inadaptée, peut-être un schéma simplifié, aux objectifs limités, mais incrémentaux pourrait-il être une bonne solution ? Les SPASER avaient pour objectifs de mettre en œuvre le *Plan national d'action pour les achats publics durables 2014-2020* sans une réussite majeure. Il conviendrait donc de reprendre ce travail de planification nationale et locale en le simplifiant, l'étendant et donnant des objectifs clairs à atteindre sous peine de sanction. Dans le même sens, un certain nombre de considérations

²⁶ G. Kalfèche « Le code de la commande publique, naissance d'une matière ? », BJCL, n°10/2018, octobre 2018, p. 724

²⁷ Cette disposition du CCP est initialement issue de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 modifiée relative à l'économie sociale et solidaire. On notera le champ d'application organique de cet article « Les collectivités territoriales et les acheteurs soumis au présent code dont le statut est fixé par la loi » qui n'a ni queue ni tête.

²⁸ Cf. la fiche de la DAJ du ministère de l'économie et des finances relatives au SPASER, en date du 1^{er} avril 2019.

²⁹ Une étude a été réalisée par le Réseau des collectivités Territoriales pour une Économie Solidaire pour janvier 2020. Elle constatait que ce schéma avait été adopté par 8 régions, 8 départements, 6 métropoles et 8 villes seulement, 6 ans après la loi.

concernant l'exécution du contrat et relatives à l'économie circulaire pourraient se voir insérées dans les CCAG, la réforme récente ayant déjà introduits des éléments relatifs aux dimensions sociales et environnementales des marchés publics qui n'existaient pas dans les CCAG antérieurs.

La deuxième mesure intéressante serait de mettre en place une administration de suivi et d'appui de ces objectifs. Ces externalités en général, et l'usage de l'économie circulaire en particulier, nécessitent une connaissance du milieu économique. Les acheteurs sont à cet égard habitués à faire une publicité qui attire les entreprises en général, en ne se souciant que de manière réduite de leur capacité à respecter les contraintes qui pèsent sur elles en termes de spécifications techniques. La recherche de cocontractants capables, sur une partie des marchés, de respecter un seuil de matières recyclées doit cependant être au cœur des tentatives de remplir ces obligations, sans quoi l'infructuosité risque de se développer. À cet égard, il convient d'avoir un développement de l'aide à l'achat public, cette mission pouvant prendre à notre sens trois formes particulières. Elle peut d'abord passer par la réalisation de guides rédigés par les organisations professionnelles du secteur³⁰, la DAJ ou les CCI. Elle peut ensuite passer par une aide technique d'un de ces organismes, un seul étant préférable à une pluralité afin de ne pas perdre les acheteurs dès la recherche des organismes-ressources. Elle peut enfin passer par un renforcement des formations des agents, passage indispensable à toute modification en profondeur des pratiques. Ces trois principales évolutions permettront ainsi un « sourcing »³¹ de qualité et, donc, de savoir à l'occasion de quels achats il est le plus pertinent de demander une part importante de matière recyclée, réemployée ou réutilisée.

La troisième mesure, plus ponctuelle, consiste à inciter à l'utilisation des marchés fondés en partie sur le « coût du cycle de vie »³². La loi AGECE se concentre en effet sur l'achat qui prend en compte l'économie circulaire en amont, c'est-à-dire sur les produits utilisés, mais le principe même de l'économie circulaire est de voir aussi les produits à l'issue de leur utilisation. Or, c'est précisément le rôle du critère du « coût du cycle de vie » d'anticiper, lors de la procédure d'achat, la façon dont le bien objet du contrat sera recyclé, traité et, éventuellement réutilisé ou réemployé. Avec le développement de cette méthode, c'est la procédure qui devient dans son ensemble circulaire. La boucle serait ainsi bouclée.

³⁰ On pense notamment au guide élaboré par l'Institut national de l'économie circulaire (Inec), la métropole du Grand Paris et l'Observatoire des achats responsables (ObsAR) de juillet 2020 qui est un instrument de travail très intéressant.

³¹ Le « Sourcing », néologisme pour le terme anglo-saxon de *Sourcing*, appelé aussi « collecte d'information » consiste, pour un acheteur, à s'informer sur les entreprises susceptibles de répondre à leurs besoins en se renseignant auprès d'un certain nombre d'entre-elles sur ce qu'elles peuvent apporter afin que la définition des besoins corresponde au marché économique sur lequel se présente le besoin. Il est source d'innovation et d'adaptation, mais aussi de risque d'atteinte à l'égalité des candidats, l'acheteurs devant donc prendre des mesures pour la garantir.

³² Ph. Cossalter, « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », Contrats et marchés publics, 2014, n° 6 p. 44.